

Tilburg University

Toetsing offshore windturbinepark in EEZ aan Habitatrictlijn

Verschuuren, J.M.

Publication date:
2011

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Verschuuren, J. M., (2011). *Toetsing offshore windturbinepark in EEZ aan Habitatrictlijn*, No. 67, Dec 30, 2010. (Milieu & recht; Vol. (38)3, No. p. 179-185).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Titel: Toetsing offshore windturbinepark in EEZ aan Habitatrichtlijn

Instantie:	Rechtbank Rotterdam
Datum; rolnummer:	30 december 2010; AWB 09/4196 WET-T1, LJN: BO9530
Annotatie:	Verschuuren
Rechters:	mrs. E.R. Houweling, P. Vrolijk, R.H.L. Dallinga
Vindplaatsen elders - zo (veel) mogelijk:	
Wetsartikelen	Art. 3 lid 2 Wbr, Art. 6 Habitatrichtlijn
Samenvatting uitspraak	Weigering vergunning offshore windturbinepark vanwege ecologische redenen en luchtverkeersveiligheid. Activiteit in EEZ nog niet vergunningplichtig ingevolge Nbw 1998, derhalve terecht toetsing aan Vogel- en Habitatrichtlijn bij vergunningverlening ingevolge art. 3 lid 2 Wbr conform beleidsregels Wbr en Integraal Beheerplan Noordzee 2015. Geen schending van het verbod van omgekeerde verticale werking. Vergunning geweigerd omdat, rekening houdend met cumulatief effect, windturbinepark volgens berekening verweerder zou leiden tot additionele sterfte kleine mantelmeeuwkolonie in SBZ Duinen en Lage Land Texel van 6,91% wat significant is. Gehanteerde rekenmethode was echter niet wetenschappelijk onderbouwd en niet toereikend. In plaats van uit te gaan van een theoretische worst case berekening, hadden deugdelijke, feitelijke en precieze gegevens gehanteerd moeten worden gebruik makend van het matrix-populatiemodel dat een wetenschappelijk erkende methode is. Het beroep tegen de weigering vanwege het aspect luchtvaartveiligheid slaagt niet. Rechtsgevolgen van het vernietigde besluit blijven derhalve geheel in stand.
Appellanten	Eneco Wind bv, te Rotterdam
Verweerder	Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat (thans: minister van Infrastructuur en Milieu)

Uitspraak in het geding tussen

Eneco Wind B.V., te Rotterdam, eiseres,

en

de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat (thans: de minister van Infrastructuur en Milieu), verweerder.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 2 november 2009 heeft verweerder geweigerd een vergunning te verlenen op grond van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken (hierna: Wbr) voor het oprichten en in stand houden van een offshore windturbinepark met de naam "Callantsoog Noord".

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft eiseres bij brief van 10 december 2009, aangevuld bij brief van 11 januari 2010, beroep ingesteld.

(...)

2 Overwegingen

2.1 Feiten

Eneco New Energy B.V. heeft bij brief van 6 juni 2008 een aanvraag ingediend voor een Wbr-vergunning voor het oprichten en in stand houden van een offshore windturbinepark bestaande uit 101 turbines op een oppervlakte van circa 32,49 m² met de naam 'Offshore Windturbinepark Callantsoog Noord' (hierna: Callantsoog Noord). Het park ligt in blok Q1 (conform de blokindeling van de Mijnbouwwet), zoals nader aangegeven in bijlage 2 van de aanvraag.

Verweerder heeft de aanvraag op 27 februari 2009 als volledig beoordeeld en in behandeling genomen. De vergunningaanvraag, de daarbij behorende milieueffectrapportage (hierna: MER) en de aanvullingen daarop van 24 oktober 2008 en 14 januari en 11 februari 2009, zijn voor advies voorgelegd aan de Commissie voor de milieueffectrapportage (hierna: de Commissie) en aan de wettelijke adviseurs. Op 26 juni 2009 het ontwerpbesluit is genomen, waarin verweerder het voornemen heeft geuit de Wbr-vergunning te weigeren. Hiertegen heeft Eneco New Energy B.V. zienswijzen ingediend.

2.2 Wettelijk kader

Met ingang van 22 december 2009 is de Waterwet (Stb. 2009, 490) in werking getreden en is de Wbr opgegaan in de Waterwet.

Ingevolge artikel 2.29, eerste lid, aanhef en onder b, van de Invoeringswet Waterwet (Stb. 2009, 489) blijft het recht zoals dat gold onmiddellijk vóór het tijdstip van inwerkingtreding van paragraaf 6.2 van de Waterwet van toepassing ten aanzien van de voorbereiding en vaststelling van een besluit op een voor die inwerkingtreding gedane aanvraag om een vergunning, ontheffing of concessie als bedoeld in artikel 2 van de Wbr.

Artikel 1, eerste lid, van de Wbr bepaalt dat in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder waterstaatswerken worden verstaan: bij het Rijk in beheer zijnde wateren, waterkeringen en wegen alsmede, voor zover in beheer bij het Rijk, de daarin gelegen kunstwerken en hetgeen verder naar hun aard daartoe behoort.

Ingevolge het tweede lid wordt onder wateren mede verstaan de territoriale zee en de exclusieve economische zone (hierna: EEZ).

Ingevolge artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wbr is het verboden zonder vergunning van Onze Minister van Verkeer en Waterstaat gebruik te maken van een waterstaatswerk door anders dan waartoe het is bestemd daarin, daarop, daaronder of daarover werken te maken of te behouden.

Ingevolge het tweede lid kan een vergunning onder beperkingen worden verleend. Aan de vergunning kunnen voorschriften worden verbonden.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, van de Wbr kan weigering, wijziging of intrekking van een vergunning, alsmede toepassing van de artikelen 2, tweede lid, en 6 slechts geschieden ter bescherming van waterstaatswerken en ter verzekering van het doelmatig en veilig gebruik van die werken, met in begrip van het belang van verruiming of wijziging anderszins van die werken.

Ingevolge het tweede lid kunnen de in het eerste lid bedoelde besluiten mede strekken ter bescherming van aan de waterstaatswerken verbonden belangen van andere dan waterstaatkundige aard, doch enkel voor zover daarin niet is voorzien door bij of krachtens een andere wet gestelde bepalingen.

Verweerder heeft beleidsregels opgesteld die de toepassing van onder meer de artikelen 2 en 3 van de Wbr betreffen. Deze Beleidsregels inzake toepassing Wet beheer rijkswaterstaatswerken op installaties in de exclusieve economische zone zijn op 29 december 2004 gepubliceerd in de Staatscourant (Stcrt. 2004, 252 hierna: de Beleidsregels).

Artikel 4, eerste lid, aanhef en onder e, van de Beleidsregels bepaalt dat voor de beslissing op een aanvraag om vergunning tot het maken en behouden van een installatie in elk geval de door de aanvrager te verschaffen gegevens en bescheiden nodig zijn over de gevolgen voor het milieu.

Uit de toelichting op deze bepaling blijkt dat, mede gelet op de verplichtingen op grond van de EG-richtlijn 85/337/EEG (PbEG L 175/40) zoals gewijzigd bij EG-richtlijn 97/11/EG (PbEG L

73/5), voor installaties als bedoeld in de bijlagen I en II bij genoemde richtlijn, waaronder een windturbinepark, niet eerder een vergunning zal worden verleend dan nadat de gegevens over de gevolgen voor het milieu in de vorm van een MER zijn overgelegd, de relevante bepalingen van hoofdstuk 7 van de Wet milieubeheer (Wm) zijn toegepast en de procedure omschreven in afdeling 13.2 van de Wm is gevolgd.

Artikel 5 van de Beleidsregels luidt als volgt.

“ Bij de voorbereiding en de vaststelling van een beschikking inzake het verlenen, weigeren, wijzigen of intrekken van een vergunning wordt rekening gehouden met:

- a. het behouden van mogelijkheden voor een doelmatig en veilig gebruik van de Noordzee door anderen dan de vergunninghouder,
- b. de op de Noordzee betrekking hebbende onderdelen van de Nota Ruimte waarvoor het regeringsstandpunt op 27 april 2004 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer is toegezonden (Kamerstukken II 2003/04, 29435, nrs. 1-2), en
- c. andere op de Noordzee betrekking hebbende plannen en gebiedsaanwijzingen op grond van de Wet op de waterhuishouding, de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en faunawet en de Wet milieubeheer.”

Wat artikel 5, onder b, van de Beleidsregels betreft, is het beleid van de op de Noordzee betrekking hebbende onderdelen van de Nota Ruimte uitgewerkt in het Integraal Beheerplan Noordzee 2015 (hierna: IBN 2015).

Verweerder heeft bij het bestreden besluit de Wbr-vergunning geweigerd op grond van de aspecten ecologie en luchtvaartveiligheid.

2.3 Ecologie

2.3.1. Toetsingsnorm

Op grond van artikel 3, tweede lid, van de Wbr dient rekening te worden gehouden met de bescherming van aan de waterstaatswerken verbonden belangen van andere dan waterstaatkundige aard, doch enkel voor zover daarin niet is voorzien door bij of krachtens een andere wet gestelde bepalingen. Uit de Memorie van Toelichting bij de Wbr (Kamerstukken II 1995/96, 24 573, nr. 6, pagina 3) blijkt dat met name bedoeld wordt op belangen ten aanzien van natuur en milieu. Met de uitbreiding van het toepassingsgebied van de Wbr tot de EEZ geldt deze norm derhalve ook voor de EEZ (Kamerstukken II 1999/2000, 26 961, nr. 3, pagina 3).

De Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet, waarin de Vogel- en Habitatrichtlijn zijn geïmplementeerd, zijn (nog) niet van toepassing op de EEZ. In de Memorie van Toelichting op de “Wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet in verband met uitbreiding van de werkingssfeer van beide wetten naar de EEZ” wordt bevestigd dat beide wetten thans niet van toepassing zijn op de activiteiten in de EEZ, zelfs niet als deze activiteiten negatieve gevolgen zouden kunnen hebben voor Natura 2000 gebieden in de territoriale zee of op land. Nu in de bescherming van ecologische belangen tegen de gevolgen van bouwen in of gebruik van de EEZ evenmin is voorzien in een andere wet, heeft verweerder artikel 3, tweede lid, van de Wbr als toetsingskader voor het aspect ecologie mogen hanteren.

De afweging van het milieubelang is nader vorm gegeven in de Beleidsregels. Uit artikel 5, onderdelen b en c, van de Beleidsregels volgt dat rekening moet worden gehouden met de op de Noordzee betrekking hebbende onderdelen van de Nota Ruimte en de gebiedsaanwijzingen op grond van de Natuurbeschermingswet 1998. De Nota Ruimte is voor de Noordzee nader uitgewerkt in het IBN 2015, dat een integraal afwegingskader voor vergunningverlening bevat.

Dit afwegingskader is vergelijkbaar met de afwegingskaders uit de Natuurbeschermingswet 1998 en de Vogel- en Habitatrichtlijn. Aan de hand van dit afwegingskader uit het IBN 2015 heeft verweerder beoordeeld of het milieubelang in dit geval aan vergunningverlening in de weg staat. Eiseres heeft aangevoerd dat verweerder niet bevoegd was om de vergunning voor Callantsoog Noord te weigeren op gronden die gebaseerd zijn op de Vogel- en Habitatrichtlijn. Het verbod van omgekeerde verticale werking staat er aan in de weg dat een lidstaat aan zijn burgers een EU-richtlijn tegenwerpt die de lidstaat zelf nog niet heeft geïmplementeerd. Nederland heeft de Vogel- en Habitatrichtlijn slechts geïmplementeerd voor het Nederlands territorium en niet voor de daarbuiten gelegen EEZ waarin Callantsoog Noord is gelegen. Gelet hierop heeft verweerder de Vogel- en Habitatrichtlijn niet aan haar mogen tegenwerpen, aldus eiseres.

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting stelt de rechtbank vast dat verweerder de Vogel- en Habitatrichtlijn niet rechtstreeks aan eiseres heeft tegengeworpen, zodat in die zin

geen sprake is van schending van het verbod van omgekeerde verticale werking, maar wel via de band van de Beleidsregels. In het op de Nota Ruimte gebaseerde IBN 2015 is een afwegingskader geformuleerd dat vergelijkbaar is met de afwegingskaders van de Vogel- en Habitatrichtlijn en de Natuurbeschermingswet 1998.

De vraag of de op grond van de Beleidsregels en het IBN 2015 uit te voeren toets even verstrekkend mag zijn als de toets die zou zijn uitgevoerd indien de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet wel van toepassing zouden zijn, beantwoordt de rechtbank bevestigend. Daartoe overweegt de rechtbank het volgende.

Volgens jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-6/04) is de Habitatrichtlijn van toepassing in de EEZ, voor zover de bevoegdheid van de lidstaten zich uitstrekt over deze zone. Vast staat dat Nederland ingevolge artikel 56 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (Trb. 1984/55), zoals dat voor Nederland in werking is getreden op 16 november 1994, soevereine rechten uitoefent in zijn exclusieve economische zone, zodat de Habitatrichtlijn in die mate van toepassing is buiten de territoriale wateren. Voorts blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJ EG 14 september 2006, zaak C-244/05) dat de lidstaten vóór de opnemings van een gebied in de door de Europese Commissie vastgestelde lijst van gebieden van communautair belang, overeenkomstig artikel 4, tweede lid, van de Habitatrichtlijn, passende beschermingsmaatregelen dienen te nemen om de ecologische kenmerken van de gebieden die ingevolge artikel 4, eerste lid, van die richtlijn zijn opgenomen in de aan die instelling toegezonden nationale lijst, in stand te houden. De regeling inzake passende bescherming verlangt niet alleen dat de lidstaten geen ingrepen toestaan die de ecologische kenmerken van die gebieden ernstig kunnen aantasten, maar ook dat zij in overeenstemming met de bepalingen van nationaal recht alle nodige maatregelen vaststellen ter voorkoming van dergelijke ingrepen.

Daarnaast brengt ook het in artikel 4, derde lid, van het Verdrag van de Europese Unie neergelegde beginsel van gemeenschapstrouw met zich dat op verweerder de verplichting rust om – ook in gevallen waarin de Vogel- en Habitatrichtlijn nog niet zijn geïmplementeerd – te beoordelen of sprake is van activiteiten die het bereiken van het doel van deze richtlijnen in gevaar kunnen brengen (uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 13 oktober 2004 (LJN: AR3744) en 19 december 2007 (LJN: BC0505)). Voorts acht de rechtbank van belang dat uit de toelichting op artikel 4, eerste lid, onder e, van de Beleidsregels blijkt dat met de eis dat bij de aanvraag een MER moet worden overgelegd uitvoering is gegeven aan de tijdens de plenaire behandeling van het “Wetsvoorstel tot uitbreiding van het toepassingsgebied van de Wbr tot de EEZ” in de Tweede Kamer aangenomen motie van de leden Augusteijn-Esser en Van der Steenhoven, waarin werd verzocht en MER-toetsing te doen uitvoeren op voorgenomen bouwprojecten in de EEZ (Kamerstukken II 1999/2000, 26 961, nr. 10).

Aan bovenstaande verplichtingen heeft verweerder voldaan door – bij wijze van overbrugging totdat de werkingssfeer van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora en faunawet is uitgebreid voor de EEZ – de in de Beleidsregels en IBN 2015 geformuleerde criteria te hanteren. Het afwegingskader van de Beleidsregels en het IBN 2015 komt erop neer dat bij een vergunningaanvraag getoetst wordt of significante gevolgen voor Natura 2000 gebieden zijn uit te sluiten. Conform artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn wordt voor elk project dat niet direct verband houdt met het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied. Gelet op de conclusies van de passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het navolgende geeft verweerder slechts toestemming voor het project nadat zij de zekerheid heeft verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten.

Indien bij de beoordeling van de aanvraag significante effecten niet zijn uit te sluiten voor het gebied kan, bij afwezigheid van alternatieve oplossingen, alleen vergunning worden verleend om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, waarbij alle nodige compenserende maatregelen genomen worden om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 gebieden bewaard blijft. Hiervan dient de Europese Commissie op de hoogte gesteld te worden.

Verweerder houdt in het afwegingskader bij de vergunningverlening eveneens rekening met het voorzorgsbeginsel. Het voorzorgsbeginsel houdt in dat preventieve maatregelen genomen dienen te worden wanneer er redelijke gronden tot bezorgdheid bestaan, dat de activiteit schade toebrengt aan het milieu, de gezondheid van de mens of ander rechtmatig gebruik. Volgens de Nota Ruimte en het IBN 2015 geldt het voorzorgsbeginsel voor alle activiteiten op de Noordzee en is het voorzorgsbeginsel een belangrijk uitgangspunt bij de planning en het ontwerp van voorgenomen activiteiten op zee.

Naar het oordeel van de rechtbank gaat het beleid de grenzen van een redelijke beleidsbepaling niet te buiten.

2.3.2 Feiten

Het natuurgebied Duinen en Lage Land Texel is op 25 februari 2009 in het kader van Natura 2000 aangewezen als een speciale beschermingszone in de zin van artikel 4 van de Habitatrichtlijn. Voorafgaand aan die aanwijzing is dit gebied op 8 november 1991 reeds aangewezen als speciale beschermingszone op grond van artikel 4 van de Vogelrichtlijn. Het gebied is onder meer aangewezen voor de trekkende vogelsoort kleine mantelmeeuw. De instandhoudingsdoelstelling voor deze soort luidt: behoud, omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van tenminste 14.000 broedparen.

In de MER wordt geconcludeerd dat de kleine mantelmeeuw één van de vogelsoorten is die vanuit de kolonie Duinen en Lage Land Texel Callantsoog Noord kan bereiken en dat gelet hierop niet op voorhand kan worden uitgesloten dat er significante effecten kunnen optreden op de instandhoudingsdoelstellingen van deze kolonie. In verband hiermee is een locatie specifieke Passende Beoordeling opgesteld. De Passende Beoordeling bevat cijfers ten aanzien van het aantal broedparen, de jaarlijkse gemiddelde sterfte, het aantal vogels dat additioneel sterft door aanvaring met een windturbine en het percentage floaters (alleenstaande vogels) dat zich in en rondom de kolonie bevindt. Met dit cijfermateriaal heeft verweerder het effect berekend aan de hand van een rekenmethode. De basis voor de rekenmethode ligt in het zogeheten ORNIS-criterium. Dit criterium, dat in de wetenschap en de jurisprudentie (uitspraak van de Afdeling van 1 april 2009, LJN: BH9250) aanvaard is, houdt in dat er, vanwege een gebrek aan wetenschappelijke kennis over dit onderwerp, van wordt uitgegaan dat er geen significant effect optreedt bij een populatie vogels indien de additionele sterfte ten gevolge van een activiteit minder dan 1% bedraagt. Van de kleine mantelmeeuw is echter bekend dat een kolonie niet alleen bestaat uit broedparen, maar ook uit zogenaamde floaters. Deze floaters vullen bij sterfte van exemplaren uit de broedkolonie de vrijgekomen plaats op. Bij het beantwoorden van de vraag wanneer een significant effect optreedt is daarom rekening gehouden met deze floaterfractie.

2.3.3 Weigeringsgronden ten aanzien van ecologie

Verweerder heeft op basis van de cijfers uit de Passende Beoordeling berekend dat een significant effect zich voordoet bij een additionele sterfte van 5,82%. Dit percentage is een soortspecifieke uitwerking van de 1% additionele sterfte van het ORNIS-criterium. Volgens verweerder bedraagt de additionele sterfte voor de kolonie door aanvaring met Callantsoog Noord op zichzelf gezien 3,82% en staat dat aan het verlenen van de vergunning niet in de weg. Bij de besluitvorming is – conform het advies van de Commissie – echter ook rekening gehouden met de cumulatieve effecten die worden veroorzaakt door de omliggende vergunde windparken. In cumulatie met deze parken veroorzaakt Callantsoog Noord een additionele sterfte van 6,91% (166 vogels per jaar). Uitgaande van 14.000 broedparen (28.000 vogels) en 10% floaters (2.800 vogels) zal er volgens verweerder voor het Natura 2000 gebied Duinen en Lage Land Texel bij 5,82% additionele sterfte een significant effect optreden, in die zin dat het herstellend vermogen van de populatie wordt aangetast. Het aantal floaters is ontoereikend om de jaarlijkse additionele sterfte op te vangen.

2.3.4 Beoordeling van het aspect ecologie

Naar aanleiding van het ontwerpbesluit heeft verweerder desgevraagd in een e-mail van 15 juli 2009 aan eiseres toegelicht hoe het percentage van toelaatbare additionele sterfte van 5,82 is berekend. Verweerder heeft de gegevens uit de Passende Beoordeling, te weten aanwezigheid

van 10% floaters, een jaarlijks gemiddelde natuurlijke sterfte van 8,6% (bijlage II bij de Passende Beoordeling) en een projectduur van 20 jaar, vastgelegd in een mathematische formule en vervolgens berekend hoe lang het duurt voordat het bestand aan floaters opgesoupeerd zal zijn, doordat zij de plaats innemen van de additioneel gestorven adulte vogels. Uit deze toelichting wordt duidelijk dat verweerder ervan uitgaat dat de groep van floaters een bestand is dat weliswaar bestaat, maar niet wordt aangevuld en dus wordt opgebruikt.

Eiseres heeft de onderbouwing en de conclusies van verweerder ten aanzien van de cumulatieve effecten op de populatie van de kleine mantelmeeuw in het betreffende gebied gemotiveerd betwist. Daartoe heeft eiseres rapporten overgelegd van Ecofys Netherlands van augustus 2009 en van Bureau Waardenburg van 7 augustus 2009 en 2 juli 2010. Door Bureau Waardenburg is met behulp van een matrix-populatiemodel (conform het handboek van Caswell) nagegaan waar kritische waarden voor additionele sterfte liggen die tot een afname onder broedende kleine mantelmeeuwen leiden. Het model gaat uit van een populatie volwassen vogels die ten dele tot broeden komt (broedvogels) en ten dele niet (floaters). Het gebruikte model is gebaseerd op bestaande gegevens over reproductie en overleving van kleine mantelmeeuwen in West-Europa. Daarnaast zijn de overgangen van juveniel naar broedvogel of floater en de overgang van floater naar broedvogel mathematisch vertaald in het model. Uit de verschillende scenario's die met dit model zijn doorgerekend wordt de conclusie getrokken dat de door verweerder berekende grenswaarde voor additionele sterfte van 5,82% niet correct is. Uit de exercities blijkt dat binnen de range van 10-30% floaters een additionele sterfte tussen 11,95 en 48% vanaf jaar 20 tot afname van het aantal broedparen zal leiden. Uitgaande van 10% floaters, zal meer dan 11,95% additionele sterfte leiden tot een afname onder broedvogels vanaf jaar 20. In een populatie met een groter aandeel floaters ligt de grenswaarde hoger. De additionele sterfte voor Callantsoog Noord in cumulatie met andere parken van 6,91% ligt beneden de grenswaarde van 11,95%. De rapporten van Bureau Waardenburg heeft eiseres vervolgens voorgelegd aan een derde, onafhankelijke deskundige, dr. H.P. van der Jeugd, werkzaam voor het Vogeltrekstation. In zijn reactie van 6 juli 2010 verklaart Van der Jeugd dat hij op basis van de gepresenteerde waarden voor overleving en reproductie met eenzelfde matrixmodel tot dezelfde conclusie komt. Volgens Van der Jeugd is verweerder in zijn methode er ten onrechte van uitgegaan dat de floaterpopulatie een statisch reservoir is dat volledig wordt opgesoupeerd door elke vorm van additionele sterfte en er ten onrechte aan voorbij gegaan dat de floaterpopulatie wordt gevoed vanuit de broedpopulatie.

De rechtbank stelt vast dat de Passende Beoordeling geen berekeningsmethode bevat voor de cumulatieve additionele sterfte. Nadat de aanvankelijke ruimte voor de oprichting van windturbineparken met een totaal vermogen van 450 MW is uitgebreid tot 950 MW, heeft verweerder zelf de cumulatie berekend. In die zin is het standpunt van verweerder dat niets meer en niets minder is gedaan dan de redenering en berekening uit de Passende Beoordeling vertalen in een formule, niet juist. Anders dan verweerder heeft betoogd, blijkt ook uit bladzijde 128 van de Passende Beoordeling niet van een dergelijke berekening. Weliswaar wordt daar een percentage genoemd van 5 of meer van de extra natuurlijke sterfte waarbij geen effect is op de kolonie van Texel, maar aan dit zeer globale getal ligt geen berekening ten grondslag, nog los van het feit dat dit getal ziet op de interne accumulatie van effecten (optelling van aantal aanvaringsslachtoffers en slachtoffers van voedseltekort) en niet van de cumulatieve effecten van de omliggende windparken.

Voorts heeft het Bureau Waardenburg - anders dan Deltares, dat in opdracht van verweerder op 13 augustus 2010 een reactie heeft gegeven op de door eiseres ingebrachte rapporten, kennelijk meent - het matrix-populatiemodel van Caswell niet zelf ontwikkeld, doch slechts toegepast. Het matrix-populatiemodel is een wetenschappelijk erkende methode om bepaalde scenario's door te rekenen en om ecologische effecten te beoordelen.

In de kern komt de weerlegging van verweerders berekening door eiseres er op neer dat de rekenmethode onrealistisch is en de uitkomsten daarom onjuist zijn. Verweerders rekenmethode doet namelijk op een fundamenteel aspect geen recht aan de biologische werkelijkheid, omdat daarin ten onrechte geen rekening wordt gehouden met reproductie (en overleving). Uit de reactie van Deltares en de toelichting van verweerder ter zitting blijkt dat in de rekenmethode bewust geen rekening is gehouden met eventuele nieuwe aanwas van floaters, omdat de toevoeging van additionele parameters, zoals reproductie, extra onzekerheid zou inbrengen, hetgeen afbreuk zou doen aan de worst case benadering, die volgens verweerder nodig is om te

garanderen dat de instandhoudingsdoelstelling voor de Texelse kolonie kleine mantelmeeuwen niet in gevaar komt.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft eiseres met de door haar overgelegde rapporten aangetoond dat de methode die verweerder gebruikt heeft om de cumulatieve ecologische effecten van de windturbineparken op de Texelse kolonie kleine mantelmeeuwen te beoordelen niet wetenschappelijk is onderbouwd en ook niet toereikend is. In dit verband is van belang dat Deltares in het rapport van 13 augustus 2010 heeft erkend dat de opzet en structuur van het matrix-populatiemodel ecologisch realistischer is en dat de rekenformule van verweerder niet voldoet aan een aantal voorwaarden voor good modelling practice zoals beschreven door Schmolke et al. (2010). De rechtbank stelt vast dat verweerder weliswaar heeft gemotiveerd waarom is gekozen voor dit type model en zijn (geringe) complexiteit, maar dat er geen calibratie of validatie heeft plaatsgevonden en ook geen gevoeligheidsanalyse of onzekerheidsanalyse is uitgevoerd. Daarnaast kan de rechtbank de motivering van verweerder om de reproductie buiten beschouwing te laten niet volgen. Indien deugdelijke, feitelijke en precieze gegevens beschikbaar zijn, kan daarmee worden gerekend en bestaat er geen aanleiding om uit te gaan van theoretische worst case gegevens (0% aanwas floaters), zoals verweerder heeft gedaan. Overigens heeft ook Bureau Waardenburg wat betreft de parameters percentage additionele sterfte en percentage floaters met worst case cijfers gerekend, hoewel volgens de rapporten het percentage floaters tussen de 10 en 30% ligt. Deltares heeft weliswaar kritiek op het matrix-populatiemodel van Bureau Waardenburg geuit, doch heeft hier geen beter model tegenover gesteld.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat verweerder de berekening van de grenswaarde voor de cumulatieve effecten niet heeft mogen baseren op het door hem gehanteerde rekenmodel. Het bestreden besluit komt wegens strijd met de artikelen 3:2 en 7:12 van de Awb voor vernietiging in aanmerking.

Nu aan de weigering niet alleen het ecologische aspect ten grondslag ligt, maar ook het luchtvaartveiligheidsaspect, zal de rechtbank ook deze grond beoordelen. Indien de weigering op grond van dat aspect, rekening houdende met de andere te wege betrokken belangen, stand kan houden, bestaat er immers aanleiding om te bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel in stand blijven.

2.4 Luchtvaartveiligheid

2.4.1 Wettelijke toetsingsnorm

Op grond van artikel 3, eerste lid, van de Wbr geldt als wettelijke norm voor de toetsing van het bestreden besluit op dit punt dat de vergunning kan worden geweigerd ter verzekering van het doelmatig en veilig gebruik van waterstaatswerken. De EEZ is een waterstaatswerk in de zin van de Wbr.

Deze norm is uitgewerkt in artikel 5, aanhef en onder a, van de Beleidsregels, waarin is opgenomen dat bij de voorbereiding en de vaststelling van een beschikking inzake een Wbr-vergunning rekening wordt gehouden met het behouden van mogelijkheden voor een doelmatig en veilig gebruik van de Noordzee door anderen dan de vergunninghouder.

Verweerder heeft verder, in aansluiting op het voorzorgsprincipe in het IBN 2015, voor de beoordeling van de effecten op de luchtvaartveiligheid en veiligheid op de platforms als uitgangspunten gehanteerd dat deze niet mag worden aangetast en dat meervoudig ruimtegebruik nagestreefd moet worden, waar mogelijk onder voorwaarde dat de andere gebruikers daar geen schade of hinder van ondervinden.

2.4.2 Toetsingskader overigens

In de definitieve versie 'Draaiboek commitering van 450 MW windenergie op de Noordzee' (hierna: het Draaiboek) van juni 2008 wordt onder stap 4a, scenario 1.3, ingegaan op de luchtvaartveiligheid. Als onder omstandigheden de vliegveiligheid van en naar een olie- en gasplatform in het geding kan zijn vanwege de locatie van de windturbines, wordt aan de initiatiefnemer van het windturbinepark gevraagd hierover met de operator van het platform afspraken te maken. Als de partijen er onderling niet uitkomen, neemt het bevoegd gezag een besluit over de aanvraag na de overwegingen van de operator en initiatiefnemer gehoord te hebben. Bij een positief besluit ten aanzien van windenergie zal de Toezichtende Luchthavens en Luchtruim van de IVW bij daadwerkelijke aanvang van de bouw de vergunning

tot vlieguitvoering voor het betreffende platform aanpassen.

In Bijlage 1, onder c, van het Draaiboek, wordt, voor zover hier van belang, beschreven dat verweerder een aantal keuzes kan maken:

(1) Er wordt geaccepteerd dat het platform niet onder alle omstandigheden vanuit alle richtingen aanvliegbaar is. Aan de vliegveiligheid wordt niet getornd. In de toelichting op dit punt is gesteld dat, indien het uit veiligheidsoogpunt acceptabel is dat het platform niet altijd onder alle omstandigheden aanvliegbaar is, de aanvrager met de operator van de mijnbouwinstallatie tot een vergelijk zal moeten komen over beperkingen ten aanzien van de bereikbaarheid van de mijnbouwinstallatie en/of mitigerende maatregelen zal moeten nemen om de bereikbaarheid acceptabel te houden.

(2) Het windpark wordt zodanig aangepast (binnen de aanvraag) dat voldaan wordt aan de obstakelvrije zone van 5 NM (waarmee tegemoet wordt gekomen aan de opmerkingen van de Luchtverkeersleiding Nederland en IVW). Hier vermeldt de toelichting dat een kleiner windpark kan worden vergund, als het om een in omvang kleine wijziging gaat en er geen cruciale elementen van het park worden geraakt. Gaat het om een omvangrijk deel, dan zal de initiatiefnemer een gewijzigde aanvraag moeten indienen.

(3) De vergunning zal moeten worden geweigerd.

Bij de toelichting onder 1. en 2. is ook nog vermeld dat indien partijen niet tot een vergelijk komen, en een kleiner aangepast park geen optie is, verweerder alsnog kan besluiten of hij het acceptabel vindt om de bereikbaarheid van de platforms te beperken. De platformoperator kan dan een beroep doen op de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999.

Naar het oordeel van de rechtbank gaat dit beleid de grenzen van een redelijke beleidsbepaling niet te buiten.

(...)

2.5 Het betoog over het aspect luchtvaartveiligheid slaagt niet.

De rechtbank zal daarom bepalen dat de rechtsgevolgen van het bestreden besluit geheel in stand blijven.

NOOT

Bij de Tweede Kamer ligt een wetsvoorstel waarmee activiteiten in de Exclusieve Economische Zone (EEZ) onder de reikwijdte van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet worden gebracht (Kamerstuk 32002). De oprichting van een offshore windturbinepark met mogelijk nadelige effecten op een SBZ zou daarmee op de gebruikelijke wijze worden getoetst aan het op de Vogel- en Habitatrichtlijn gebaseerde toetsingskader. Zolang dit wetsvoorstel nog niet in werking is, moet op een andere wijze worden verzekerd dat de geldende EU-regelgeving wordt toegepast. Daarin is voorzien in beleidsregels op grond van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken (Wbr). In zoverre is, volgens de Rechtbank, dan ook geen sprake van rechtstreekse tegenwerping van nog niet-geïmplementeerde EU-richtlijnen, wat, volgens het zogenaamde verbod van de omgekeerde verticale werking, niet toegestaan zou zijn. De Rechtbank vindt het, mede vanwege het Zeerechtverdrag, het beginsel van gemeenschapstrouw en jurisprudentie van het HvJEG gerechtvaardigd dat als overbruggingsmaatregel via beleidsregels volledig wordt getoetst aan het toetsingskader van de Vogel- en Habitatrichtlijn (zie r.o. 2.3.1). Hoewel implementatie van EU-regelgeving via beleidsregels in principe niet is toegestaan omdat beleidsregels niet een ieder verbindende normen bevatten, lijkt me de hier gevolgde redenering wel terecht. Lidstaten moeten alles doen wat in hun vermogen ligt om de naleving van het EU-recht te verwezenlijken, en als doorwerking van, in dit geval, de Vogel- en Habitatrichtlijn tijdens de parlementaire behandeling van de implementatiewet, verzekerd kan worden via beleidsregels, die immers snel zijn aan te passen, dan lijkt me dat een voor de hand liggende optie.

Dan de inhoud. De aanvraag van Eneco voor de oprichting van een windturbinepark nabij SBZ Duinen en Lage Land Texel is geweigerd om twee redenen: redenen die verband houden met het Natura 2000-gebied en redenen verband houdend met de luchtvaartveiligheid, met name de veiligheid van helikopters die naar en van boorplatforms in het gebied vliegen. De discussie over de SBZ spitst zich toe op de vraag of op de juiste wijze is berekend wat de sterfte zal zijn onder

de populatie van de kleine mantelmeeuw als gevolg van het nieuwe windturbinepark. Opnieuw wordt het ORNIS-criterium toegepast, dat ook door de Afdeling wordt gehanteerd, volgens welk criterium bij afwezigheid van wetenschappelijke kennis, ervan wordt uitgegaan dat een project geen significante effecten heeft indien het leidt tot een additionele sterfte onder vogels van minder dan 1%. Omdat in het geval van de kleine mantelmeeuw sterfte in een broedkolonie wordt opgevuld doordat zogenaamde “floaters” (d.w.z. niet-broedende vogels) de plaats innemen van omgekomen broedvogels, moet volgens een eigen rekenmethode van V&W van een hoger percentage worden uitgegaan, namelijk 5,82%. Rekening houdend met de cumulatieve effecten van omliggende vergunde windparken komt V&W dan uit op een sterfte van 6,91%, wat dus hoger is dan 5,82% en derhalve significant.

De door Eneco ingeschakelde adviesbureaus hanteren echter een veel meer gesofisticeerde methode die uitgaat van wetenschappelijke gegevens over de kleine mantelmeeuw in West-Europa. Op basis van deze methode wordt duidelijk dat pas bij een additionele sterfte van minimaal 11,95% sprake is van afname van het aantal broedvogels (op termijn), simpelweg omdat de vrijgekomen ruimte veel meer wordt opgevuld door floaters. De vergunning had om dus niet geweigerd mogen worden om deze reden.

De vergunning had wel geweigerd mogen worden om de tweede reden, die van de helikopter veiligheid. De overwegingen daarover zijn hier verder grotendeels weggelaten omdat ze niet de milieuwetgeving betreffen. De conclusie is echter dat de vergunning voor een deel wel terecht geweigerd is, zodat het besluit verder in stand blijft. Het windturbinepark kan er dus, hoewel de effecten op de natuur niet onoverkomelijk zijn, niet komen vanwege problemen met de luchtverkeersveiligheid.

Verschuuren